



Assemblée générale

Distr. générale
22 septembre 2008
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante-deuxième session
Vienne, 29 juin-17 juillet 2009

Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa quatorzième session (Vienne, 8-12 septembre 2008)

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-6	3
II. Organisation de la session	7-11	4
III. Délibérations et décisions	12-17	6
IV. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services	18-116	7
A. Recours – dispositions de la Loi type sur le recours, chapitre VI (A/CN.9/WG.I/WP.64, par. 5 à 9)	18-74	7
1. Introduction	18-19	7
2. Article 52 (Droit de recours)	20-25	7
3. Exception concernant le choix de la méthode de passation des marchés mentionnée à l'article 52-2 a)	26-27	8
4. Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle) (article 53)	28-33	9
5. Recours administratif (article 54)	34-58	10
6. Certaines règles applicables aux procédures de recours (article 55)	59-60	14
7. Suspension de la procédure de passation du marché (article 56)	61-73	14
8. Autres questions relatives au chapitre VI	74	16
B. Projets de dispositions visant à permettre l'utilisation des accords-cadres pour	75-110	17



la passation des marchés publics en vertu de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.62, par. 3 à 12 et A/CN.9/WG.I/WP.63, par. 3 à 35)		
1. Terminologie	75	17
2. Types de procédures d'accords-cadres et conditions d'utilisation de ces procédures	76	17
3. Procédures d'utilisation des accords-cadres	77-109	17
4. Autres questions posées par l'utilisation des procédures d'accords-cadres	110	22
C. Projets de dispositions pour le texte du Guide sur les dispositions régissant les accords-cadres dans les passations de marchés publics en vertu de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.63).....	111-112	23
D. Discussion relative à la finalisation et à l'adoption de la Loi type révisée et du Guide.....	113-115	23
E. Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – Conflits d'intérêts (A/CN.9/WG.I/WP.64, par. 10 à 33).....	116	24

I. Introduction

1. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (la “Commission”) a chargé son Groupe de travail I (Passation de marchés) d’élaborer des propositions en vue de réviser la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994) (la “Loi type”, A/49/17 et Corr.1, annexe I). Elle lui a donné une certaine latitude pour déterminer les sujets à aborder lors de ses travaux, y compris les nouvelles pratiques dans la passation des marchés publics, en particulier celles résultant du recours aux communications électroniques (A/59/17, par. 82). Le Groupe de travail a entamé l’élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) (A/CN.9/568). À cette session, il a décidé de continuer à ses prochaines sessions d’examiner en détail, les uns après les autres, les thèmes abordés dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.31 et 32 (A/CN.9/568, par. 10).

2. De ses septième à treizième sessions (qui se sont tenues respectivement du 4 au 8 avril 2005 à New York, du 7 au 11 novembre 2005 à Vienne, du 24 au 28 avril 2006 à New York, du 25 au 29 septembre 2006 à Vienne, du 21 au 25 mai 2007 à New York, du 3 au 7 septembre 2007 à Vienne, et du 7 au 11 avril 2008 à New York) (A/CN.9/575, A/CN.9/590, A/CN.9/595, A/CN.9/615, A/CN.9/623, A/CN.9/640 et A/CN.9/648), le Groupe de travail a examiné des thèmes liés à l’utilisation des communications électroniques et de l’informatique dans la passation des marchés, à savoir: a) l’utilisation des moyens de communication électroniques dans la passation, y compris l’échange de communications par voie électronique, la soumission électronique des offres, l’ouverture des offres, la tenue des réunions et la conservation des informations, ainsi que les conditions de leur utilisation; b) les aspects de la publication d’informations relatives à la passation, y compris la possibilité d’étendre la portée actuelle de l’article 5 et de faire référence à la publication des possibilités de marchés à venir; et c) les enchères électroniques inversées, y compris la question de savoir si elles devraient être traitées comme une phase optionnelle dans d’autres méthodes de passation ou comme une méthode à part entière, les critères de leur utilisation, les types de passations à couvrir et leurs aspects procéduraux.

3. À ses septième, huitième, dixième, onzième et douzième sessions, le Groupe de travail a examiné en outre la question des offres anormalement basses, y compris leur détection à un stade précoce du processus de passation et la prévention des conséquences négatives de ces offres. À sa treizième session, le Groupe de travail a examiné les projets de textes sur l’utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, la publication d’informations relatives à la passation des marchés et les offres anormalement basses, et l’utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics, qui figurent dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.58 et A/CN.9/WG.I/WP.59, respectivement, et a proposé des modifications de ces textes.

4. À cette même session, le Groupe de travail a examiné dans le détail la question des accords-cadres sur la base des projets de textes figurant dans les notes du Secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.52 et Add.1, ainsi que A/CN.9/WG.I/WP.56) et est convenu de combiner les deux approches proposées dans ce document, de sorte que, selon le cas, la Loi type traite ensemble des caractéristiques communes à tous les

types d'accords-cadres, afin d'éviter notamment les redondances inutiles, et séparément les caractéristiques propres à chaque type d'accord.

5. Toujours à cette session, le Groupe de travail a également examiné la question des listes de fournisseurs, en se fondant sur un résumé de ses délibérations antérieures sur le sujet (A/CN.9/568, par. 55 à 68, A/CN.9/WG.I/WP.45 et A/CN.9/WG.I/WP.45/Add.1) et décidé que le sujet ne serait pas traité dans la Loi type, pour des raisons qui seraient exposées dans le Guide pour l'incorporation (le "Guide").

6. À ses trente-huitième, trente-neuvième, quarantième et quarante et unième sessions, qui se sont tenues en 2005, 2006, 2007 et 2008 respectivement, la Commission a félicité le Groupe de travail pour les progrès qu'il avait réalisés dans ses travaux et a réaffirmé son appui à la révision de la Loi type qu'il avait entreprise, ainsi qu'à la prise en compte dans cette loi de nouvelles pratiques relatives à la passation de marchés (A/60/17, par. 172, A/61/17, par. 192, A/62/17 (première partie) par. 170 et A/63/17, par. 299). À sa trente-neuvième session, la Commission a recommandé que le Groupe de travail, en mettant à jour la Loi type et le Guide, tienne compte de la question des conflits d'intérêts et examine s'il serait justifié de prévoir dans la Loi type des dispositions spéciales à cet égard (A/61/17, par. 192). À sa quarantième session, la Commission a recommandé au Groupe de travail d'adopter un ordre du jour concret pour ses prochaines sessions, afin d'accélérer ses travaux (A/62/17 (première partie), par. 170). Conformément à cette recommandation, le Groupe de travail a adopté le calendrier de ses délibérations à ses douzième et treizième sessions (A/CN.9/648, annexe), et est convenu de porter régulièrement à l'attention de la Commission un calendrier actualisé. À sa quarante et unième session, la Commission a invité le Groupe de travail à terminer le plus vite possible ce projet pour permettre la finalisation et l'adoption de la Loi type révisée, ainsi que de son Guide pour l'incorporation, dans un délai raisonnable.

II. Organisation de la session

7. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quatorzième session à Vienne du 8 au 12 septembre 2008. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Algérie, Allemagne, Bélarus, Bolivie, Canada, Chili, Chine, Colombie, Égypte, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Iran (République islamique d'), Kenya, Lettonie, Liban, Maroc, Mexique, Nigéria, Paraguay, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Singapour, Thaïlande, Tunisie et Venezuela (République bolivarienne du).

8. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Argentine, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Croatie, Émirats arabes unis, Haïti, Indonésie, Iraq, Irlande, Lituanie, Nicaragua, Philippines, Portugal, République démocratique du Congo, République dominicaine, République-Unie de Tanzanie, Roumanie, Slovaquie, Suède, Swaziland et Turquie.

9. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale et Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI);

b) *Organisations intergouvernementales*: Commission européenne (CE), Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Organisation internationale de droit du développement (IDLO) et l'Organisation mondiale du commerce (OMC);

c) *Organisations internationales non gouvernementales invitées par le Groupe de travail*: American Bar Association (ABA), Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association internationale du barreau (IBA), Forum for International Commercial Arbitration (FICA) et International Swaps and Derivates Association (ISDA).

9. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

Président: M. Tore WIWEN-NILSSON (Suède)¹

Rapporteuse: M^{me} Ligia GONZÁLEZ LOZANO (Mexique)

10. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.I/WP.60);

b) Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – projets de textes sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, la publication d'informations relatives à la passation des marchés, les enchères électroniques inversées et les offres anormalement basses (A/CN.9/WG.I/WP.61);

c) Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – projets de textes sur l'utilisation des accords-cadres dans la passation de marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.62);

d) Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – texte du Guide pour l'incorporation sur l'utilisation des accords-cadres dans la passation de marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.63); et

e) Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – Recours, conflits d'intérêts et passation de marchés de services dans la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.64).

11. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services.

¹ Élu à titre personnel.

5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport du Groupe de travail.

III. Délibérations et décisions

12. À sa quatorzième session, le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur l'élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type. Il a fondé ses délibérations sur les notes du secrétariat mentionnées au paragraphe 10 ci-dessus.

13. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de revoir les projets de textes figurant dans les documents [A/CN.9/WG.I/WP.62], [A/CN.9/WG.I/WP.63] et A/CN.9/WG.I/WP.64, en tenant compte de ses délibérations à sa quatorzième session, pour qu'il puisse les examiner à sa session suivante.

14. Le Groupe de travail a examiné les dispositions sur le recours du chapitre VI de la Loi type et confirmé la décision qu'il avait prise à sa sixième session de supprimer la liste des exceptions à la procédure de recours. Il est par conséquent convenu que la décision de sélectionner le fournisseur ou l'entrepreneur à retenir à l'aide de telle ou telle méthode de passation, ou d'un instrument au sein d'une telle méthode (enchères électroniques inversées, procédure d'accord-cadre) serait susceptible de recours. Il est aussi convenu de réviser les dispositions et les procédures contenues aux articles 53 à 56 de la Loi type (par. 28 à 73 ci-dessous).

15. Le Groupe de travail a aussi décidé d'introduire, dans l'article 36, un délai d'attente entre l'identification du fournisseur retenu et l'entrée en vigueur du marché, et de prévoir l'annulation d'un marché comme conséquence de certaines procédures de recours dans certaines circonstances (voir par. 45 à 55 ci-dessous).

16. Le Groupe de travail a examiné les projets de textes relatifs aux procédures d'accords-cadres contenus dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.62 et A/CN.9/WG.I/WP.63 et proposé de les modifier compte tenu de sa décision de séparer, dans la Loi type, les dispositions traitant des accords-cadres ouverts de celles traitant des accords-cadres fermés.

17. Le Groupe de travail a aussi examiné la question des conflits d'intérêts en se fondant sur une note du Secrétariat sur le sujet (A/CN.9/WG.I/WP.64), et il est convenu d'élargir la portée des articles 4, 15 et 54 de la Loi type pour remplir les exigences posées par la Convention des Nations Unies contre la corruption en la matière et d'expliquer les différentes approches adoptées dans différents pays dans le Guide pour l'incorporation.

IV. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services

A. Recours – dispositions de la Loi type sur le recours, chapitre VI (A/CN.9/WG.I/WP.64, par. 5 à 9)

1. Introduction

18. Le Groupe de travail a rappelé les décisions qu'il avait prises à sa sixième session concernant les dispositions sur le recours (A/CN.9/568, par. 112) et décidé de poursuivre ses délibérations en examinant chaque article du chapitre VI de la Loi type.

19. Lors de l'examen du texte de la note accompagnant l'intitulé du chapitre VI de la Loi type, qui expliquait que pour des raisons d'ordre constitutionnel ou autres les États adoptants pourraient faire le choix de n'incorporer que certaines des dispositions sur le recours, voire de n'en incorporer aucune, il a été convenu de supprimer la note dans son intégralité. On a fait observer que, ce faisant, on appliquait la décision du Groupe de travail selon laquelle la Loi type devrait être conforme aux dispositions impératives de l'article 9-1 e) de la Convention des Nations Unies contre la corruption, exigeant que les procédures de passation de marchés prévoient un système de recours et d'appel efficace. Il a été décidé que des indications supplémentaires seraient fournies à cet égard dans le Guide pour l'incorporation.

2. Article 52 (Droit de recours)

20. On a noté, à propos de l'article 52, qu'il y avait trois questions principales à examiner: qui étaient les "fournisseurs ou entrepreneurs" pouvant introduire un recours, sur la base de quelles erreurs ou omissions ce recours pouvait être formé, et si les recours devraient être exclus pour certaines étapes du processus de passation.

21. S'agissant de la première question, on a noté que les mots "fournisseur ou entrepreneur" étaient définis à l'article 2 f) de la Loi type et désignaient, selon le contexte, "tout cocontractant potentiel" de l'entité adjudicatrice. On a observé qu'une interprétation générale de cette définition empêcherait, par exemple, les entités n'ayant pas été autorisées à participer aux méthodes de passation non ouvertes, ou celles qui en ont été exclues, de contester cette décision.

22. On a fait observer que les objectifs généraux du système de recours feraient partie du "contexte" aux fins de l'article 2 f) et du recours. On s'est demandé en particulier s'il s'agissait de permettre à l'entité adjudicatrice de corriger des erreurs qu'elle pourrait avoir commises, de protéger les intérêts des fournisseurs ou des entrepreneurs, d'offrir un cadre général de réclamation dans les passations de marchés publics ou bien s'il pouvait s'agir d'une combinaison de ces objectifs.

23. On a déclaré que le titre de l'article 52 ("Droit de recours") indiquait que l'objectif était de protéger les intérêts des fournisseurs ou des entrepreneurs, mais on a aussi fait observer que l'article 53 ("Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle)"), qui était une première étape obligatoire de toute procédure de recours en vertu du chapitre VI, indiquait qu'un autre objectif était de

permettre à l'entité adjudicatrice de corriger ses propres décisions. On a reconnu que la Loi type ne prévoyait pas de droit plus général pour quiconque de se plaindre qu'une autorité publique n'avait pas agi au mieux des intérêts de l'État ou de ses citoyens, du fait que l'article 52-1 exigeait que le fournisseur ou l'entrepreneur auteur de la réclamation ait subi une perte ou un dommage. On a toutefois noté que d'autres parties de la législation d'un État adoptant pourraient autoriser un tel recours, et que le Guide pour l'incorporation devrait mentionner cette possibilité.

24. On a estimé que les dispositions devraient permettre à ceux qui étaient touchés par les décisions prises au cours du processus de passation et qui pouvaient démontrer qu'ils avaient subi un préjudice en conséquence de contester ces décisions. Ces personnes pourraient être qualifiées par exemple de "parties prenantes" ou décrites comme étant celles susceptibles de prouver qu'elles avaient été lésées par les décisions de l'entité adjudicatrice. En outre, et en rappelant que le Groupe de travail était convenu provisoirement que le choix de la méthode de passation devrait faire l'objet d'un recours, on a fait observer que les entités qui avaient été exclues de façon irrégulière de la procédure de passation par l'entité adjudicatrice devraient pouvoir contester cette décision. On a déclaré que la définition actuelle contenue à l'article 2 f) risquait donc d'être trop étroite puisque d'une certaine façon seuls ceux qui participaient à l'intégralité du processus de passation pourraient introduire un recours. En conséquence, on a déclaré que la définition actuelle contenue à l'article 2 devrait être élargie de manière à faire référence à une partie potentielle à la "procédure" de passation plutôt qu'au "marché". On a estimé qu'avec l'exigence posée à l'article 52-1, à savoir démontrer une perte ou un dommage réel ou potentiel, cette formulation éviterait aussi que le champ d'application ne soit excessivement élargi, par exemple aux sous-traitants ou au grand public, et empêcherait les applications fantaisistes. On a ajouté que le Guide pour l'incorporation devrait expliquer de façon un peu plus détaillée la portée de la formulation.

25. La deuxième question examinée portait sur le fondement du recours. On a fait observer que le terme "violation d'une obligation", qui pourrait être interprété de différentes manières, devrait être remplacé par une formulation suivant de plus près la référence faite dans la Convention des Nations Unies contre la corruption au non-respect des règles et des procédures applicables. En conséquence, le membre de phrase "la violation d'une obligation imposée à l'entité adjudicatrice par la présente Loi" dans l'article 52-1 serait remplacé par "le non-respect des dispositions de la présente Loi".

3. Exception concernant le choix de la méthode de passation des marchés mentionnée à l'article 52-2 a)

26. En ce qui concerne la troisième question, il a été convenu, compte tenu des modifications apportées à l'article 52-1 ci-dessus et de la décision prise par le Groupe de travail à sa sixième session, que la liste des exceptions à la procédure de recours, dont certaines avaient trait à des étapes obligatoires du processus de passation et d'autres à des décisions discrétionnaires prises pendant ce processus, devrait être supprimée. On a fait remarquer qu'une décision de sélectionner le fournisseur ou l'entrepreneur à retenir au moyen d'une enchère électronique inversée serait ainsi susceptible de recours (comme le serait le choix de la procédure

de sélection dans le cadre de la méthode principale pour la passation des marchés de services).

27. Il a également été noté que la suppression de l'alinéa f) exigerait de modifier en conséquence les articles 27 t) et 38 s). Il a été convenu que le Guide pour l'incorporation devrait expliquer le fondement des exclusions, de même que les conséquences, y compris les questions concernant les règles de preuve et l'étendue de la compétence conférée.

4. Recours porté devant l'entité adjudicatrice (ou devant l'autorité de tutelle) (article 53)

28. Certains des inconvénients mis en évidence dans le mécanisme obligatoire "d'examen par les pairs" prévu à l'article 53 ont été notés, en particulier le fait que l'inaction de l'entité adjudicatrice pendant le délai fixé rendrait inévitable le recours administratif ou judiciaire et inutile le mécanisme d'examen par les pairs. On a donc proposé que ce mécanisme soit facultatif et non obligatoire. Cette solution, a-t-on ajouté, serait également conforme à l'approche suivie dans l'Accord sur les marchés publics ("AMP") de l'Organisation mondiale du commerce. Il a été déclaré par ailleurs que la présentation d'une réclamation devant l'entité adjudicatrice, et non à son responsable, devrait être autorisée et que les coûts et avantages du mécanisme devraient être examinés dans le Guide.

29. Il a également été proposé de déplacer le texte figurant entre parenthèses au paragraphe 1, qui faisait référence à une autorité de tutelle, pour l'insérer dans le Guide et d'ajouter à la fin de la première phrase de l'article 53-1 les mots "ou l'autorité de tutelle".

30. Il a été convenu en outre que l'article 53-3 devrait être supprimé, car il ne faisait que répéter l'exigence posée au début du paragraphe 1, à savoir que toute réclamation fondée sur l'article 53 devrait être formée avant que le marché n'entre en vigueur.

31. En ce qui concerne le paragraphe 4 b), il a été convenu de remplacer dans la version anglaise le verbe "indicate" par "state" (énonce), pour imposer à l'entité adjudicatrice d'énoncer dans sa décision les mesures correctives qui seraient prises, et de remplacer en conséquence les mots "qui doivent être prises" par "qui seront prises".

32. Il a été convenu de supprimer le paragraphe 6, étant donné que l'entité adjudicatrice pourrait en tout état de cause présenter la réclamation initiale devant un organe administratif ou judiciaire. Il a été convenu que le Guide pour l'incorporation pourrait aborder des questions pratiques, telles que le cas où l'examen par les pairs donnait gain de cause à un fournisseur sur certains éléments seulement de sa réclamation, de sorte que la portée de toute réclamation ultérieure devant un organe administratif ou judiciaire pourrait être limitée.

33. Il a été convenu enfin que le Secrétariat devrait revoir l'article 53, après avoir apporté les modifications ci-dessus, pour s'assurer qu'elles étaient cohérentes et compatibles avec le reste du chapitre VI.

5. Recours administratif (article 54)

34. On s'est demandé si la note de bas de page accompagnant l'intitulé de l'article 54 (et selon laquelle, lorsque le système concerné ne prévoyait pas traditionnellement de recours administratif, l'État adoptant pouvait envisager de ne pas incorporer cette disposition) devrait être supprimée. On a fait observer que certains systèmes avaient entrepris de mettre en place des mécanismes de recours administratif et que des indications pourraient à la fois être utiles et encourager l'adoption de tels mécanismes, considérés d'une manière générale comme une amélioration des recours ad hoc.

35. Il a été rappelé que la Convention des Nations unies contre la corruption exigeait un mécanisme de recours indépendant et qu'il faudrait par conséquent traiter dans le Guide de la nécessité de disposer de systèmes de recours devant un organe administratif ou judiciaire indépendant. Il a donc été convenu de supprimer la note de bas de page et d'étoffer les indications fournies dans le Guide concernant la notion d'indépendance. Par exemple, un organe de recours ne serait pas considéré comme indépendant s'il devait répondre devant un ministre ou un autre responsable dont relevait également l'entité adjudicatrice. Les questions de désignation, de même que les modalités de révocation des membres, mériteraient également d'être prises en considération. Il a en outre été proposé de modifier le titre de l'article comme suit "Recours devant un organe administratif indépendant".

36. Il a par ailleurs été convenu de la nécessité de modifier le paragraphe 1 a) pour tenir compte de la nature facultative de l'article 53, suite aux modifications exposées ci-dessus.

37. Il a été demandé si la computation du délai de 20 jours prévu au paragraphe 1 a) devrait être modifiée, afin que le délai commence à courir à compter du moment où le fournisseur auteur de la réclamation aurait dû "raisonnablement" avoir connaissance des circonstances qui la motivent. On a fait observer que la notion de "caractère raisonnable" ne serait pas comprise de la même manière dans tous les systèmes et serait en tout état de cause implicite dans nombre d'entre eux. Il a été convenu par conséquent de ne pas faire référence au "caractère raisonnable".

38. Il a été noté également que le système administratif d'un État adoptant devrait aussi traiter le risque de collusion et de fraude dans la conclusion d'un marché et que, à cet égard, les délais fixés à l'article 43 ne conviendraient peut-être pas. On a fait observer que ces questions étaient très importantes mais que leurs solutions (par exemple l'annulation d'un marché) figuraient peut-être dans des branches du droit autres que la législation des marchés de l'État adoptant concerné. Les dispositions relatives aux recours, a-t-on déclaré, touchaient des questions soulevées par d'éventuelles violations des règles et procédures prévues dans la Loi type, où des délais seraient appropriés et nécessaires. Les actes de fraude et autres abus, qui pourraient conduire en fin de compte à l'annulation d'un marché, ne devraient pas nécessairement être soumis aux mêmes délais.

39. Notant que, conformément aux décisions du Groupe de travail (par. 28 ci-dessus), l'article 53 deviendrait facultatif, il a été convenu que, pour promouvoir le règlement amiable des différends, la présentation en temps voulu d'une réclamation en application de l'article 53 suspendrait le délai pour former un recours administratif en vertu de l'article 54. Il a été convenu aussi que l'article 54

serait modifié d'une manière générale afin de tenir compte du caractère facultatif de l'article 53 révisé.

40. En ce qui concerne les délais pour l'introduction d'un recours au titre des articles 53 et 54, il a été rappelé que, conformément aux dispositions de ces deux articles, une réclamation devrait être présentée dans un délai de 20 jours à compter du moment où le fournisseur a pris connaissance (ou aurait dû avoir connaissance) des faits ou des circonstances qui la motivent. Ces délais tranchent avec les dispositions de l'article 28 selon lesquelles le fournisseur ou l'entrepreneur pouvait, à tout moment, demander des éclaircissements sur le dossier de sollicitation, sachant que l'entité adjudicatrice n'était tenue de répondre que s'il restait un laps de temps "raisonnable" entre la réception de la demande et la date limite de soumission des offres.

41. S'agissant de l'article 54-1, on a demandé si le délai pour contester les conditions de la sollicitation devrait être aligné sur les dispositions de l'article 28, c'est-à-dire s'il devait courir jusqu'à la date limite de soumission des offres (ou expirer juste avant), ce qui pourrait aussi contribuer à un maximum de clarté dans les dossiers de sollicitation. Les autres réclamations, comme celles relatives aux résultats de la procédure de présélection ou au choix de la méthode de passation, devraient être présentées dans le délai actuel de 20 jours.

42. On a répondu que l'admission d'une demande d'éclaircissement en vertu de l'article 28 et le fait de permettre des réclamations en vertu des articles 53 et 54 étaient des aspects entièrement différents du processus de passation de marché et qu'il n'était donc pas nécessaire d'aligner les dispositions de ces articles concernant les délais.

43. Il a été rappelé qu'à l'expiration du délai de soumission des offres, l'entité adjudicatrice pourrait uniquement rejeter toutes les offres en vertu de l'article 12 de la Loi type, mais que si une réclamation aboutissait, elle pourrait aussi donner lieu à des sanctions telles que l'arrêt de la procédure. On a fait observer que les réclamations postérieures à la soumission des offres risquaient de compromettre la procédure de passation elle-même si cette dernière était ultérieurement arrêtée, car à cette étape, les prix et les détails des offres des fournisseurs auront été rendus publics. On a donc estimé qu'aucune contestation des conditions de la sollicitation ne devrait être admise une fois le délai de soumission écoulé.

44. À l'issue du débat, il a été décidé que le délai pour contester les conditions de la sollicitation ne courrait que jusqu'à la date limite de soumission, et que l'article 54-1 serait modifié en conséquence. Le délai de 20 jours resterait inchangé pour les autres réclamations.

45. En ce qui concerne l'article 54-3, on a demandé si les réparations que l'instance administrative pourrait accorder ou recommander devraient comprendre l'annulation d'un marché qui avait été attribué. On a fait observer que certains systèmes interdisaient une telle annulation (de même que l'article 54 de la Loi type), mais que dans d'autres, elle était possible. L'attention du Groupe de travail a été attirée sur la récente directive européenne sur les recours en matière de marchés publics qui prévoyait l'annulation des marchés en cas de non-respect majeur des procédures de passation applicables (comme l'absence injustifiée d'avis de passation), mais uniquement avant la publication de l'avis d'attribution du marché.

On a également évoqué les répercussions d'une telle annulation en termes de coût et de temps.

46. On a fait observer qu'un marché qui avait été régulièrement conclu, c'est-à-dire dans le respect des procédures applicables, y compris, le cas échéant, les procédures de recours, ne devrait pas être annulé. Un délai d'attente, à l'intérieur duquel le marché n'entrerait pas en vigueur, pourrait cependant être prévu entre la sélection du fournisseur et l'attribution du marché pour permettre de s'assurer que les procédures ont été respectées. On a noté qu'un tel délai permettrait peut-être d'éviter la nécessité d'une annulation, étant donné qu'il serait possible de remédier aux erreurs avant la conclusion du marché, et aussi d'éviter les problèmes liés à l'annulation d'un marché exécuté. On a toutefois rappelé qu'il n'existait pas de disposition équivalente dans la Loi type.

47. Le Groupe de travail a été informé que le système envisagé par les directives européennes relatives à la passation des marchés prévoyait un délai d'attente obligatoire de 10 jours entre le choix de l'adjudicataire et l'attribution du marché (appelé dans les milieux européens délai d'attente "Alcatel" à la suite d'un arrêt de la Cour européenne de justice), à l'intérieur duquel une réclamation pouvait être faite. (En outre, on a aussi la possibilité de contester la procédure de passation pendant un délai maximum de deux mois après l'attribution du marché et de le faire également avant l'attribution.)

48. On a fait observer d'un autre côté qu'un tel délai d'attente serait inopportun car il aurait des incidences financières sur la procédure de passation et pour l'adjudicataire ainsi que les autres fournisseurs, et retarderait l'entrée en vigueur du marché. On a ajouté que ce délai, en outre, introduirait dans le processus de passation un degré d'incertitude qui n'existait pas à l'heure actuelle dans le secteur privé. Il a été répondu à cela qu'il était peu probable que ces questions jouent un rôle important dans le cas d'un délai de 10 jours. Le Groupe de travail est convenu d'inclure des dispositions sur la transparence inspirées des dispositions des directives européennes.

49. Le Groupe de travail a donc examiné deux questions interdépendantes, celles de savoir, premièrement, si la Loi type devait prévoir un délai d'attente et, deuxièmement, si elle devait envisager l'annulation d'un marché attribué.

50. On a fait observer que le texte actuel de la Loi type n'était pas complet à cet égard parce qu'il ne prévoyait pas une telle annulation ni un tel délai d'attente. On a ajouté que le Guide pourrait exposer les avantages d'un délai d'attente "Alcatel", qui, pour des raisons de coût et d'efficacité, ne devrait pas dépasser 10 jours, comme le prévoyait le système européen.

51. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait décidé de se conformer aux dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption imposant un système de recours efficace et qu'un délai d'attente "Alcatel" pouvait être considéré comme un élément essentiel d'un tel système. On a souligné que ce délai serait très utile pour lutter contre la corruption dans la mesure où il contribuerait à la mise en place d'un système crédible et efficace en permettant la formation de recours avant l'entrée en vigueur du marché.

52. Il a également été dit que les différences importantes observées d'un État à l'autre montraient qu'il n'existait peut-être pas de solution optimale et qu'une

certaine souplesse devrait être accordée aux États adoptants. Certains représentants ont dit que l'introduction d'un droit illimité d'annuler les marchés pourrait accroître les risques de corruption. On a donc estimé qu'une telle annulation ne devrait être possible que dans des circonstances exceptionnelles. D'un autre côté, on a souligné les difficultés qu'il y aurait à définir ce qui constituerait de telles circonstances.

53. Dans ce contexte, on a aussi noté avec préoccupation que dans certains systèmes juridiques, seul un organe judiciaire avait le droit d'annuler un marché, et que le fait de permettre une telle annulation uniquement dans le cadre d'un long processus judiciaire pouvait entraîner des retards risquant de donner lieu à des fraudes. En outre, on a dit que si l'on fondait l'annulation sur les dispositions du droit pénal ou d'autres branches du droit, on n'obtiendrait peut-être pas un système suffisamment solide. Par conséquent, il a été proposé de modifier l'article 54-3 afin de permettre l'annulation d'un marché dans le cadre de procédures administratives de recours, sans définir les circonstances dans lesquelles une telle annulation serait possible.

54. Il a été dit en outre que si un délai d'attente effectif de type Alcatel était instauré, la possibilité d'annulation constituerait un complément nécessaire pour éviter que les entités adjudicatrices puissent laisser expirer ce délai sans prendre d'autres mesures.

55. Il a donc été convenu de prévoir à l'article 36 un délai d'attente "Alcatel" entre la sélection de l'adjudicataire et l'entrée en vigueur du marché. En outre, on donnerait dans l'article 54, sans l'assortir d'aucune restriction, la possibilité d'annuler le marché (en supprimant les mots "à l'exception de tout acte ou décision entraînant l'entrée en vigueur du marché" aux alinéas d) et e) du paragraphe 3). Des indications appropriées concernant ces dispositions seraient fournies dans le Guide.

56. Il a également été convenu que les changements susmentionnés rendraient nécessaires la suppression du mot "recommander" dans le chapeau du paragraphe 3 de l'article 54 ainsi que de la note l'accompagnant, de telle sorte que le texte préciserait que l'instance administrative indépendante devant laquelle le recours avait été formé pouvait "accorder" et pas simplement "recommander" la réparation en question. Le Guide expliquerait comment ces dispositions pourraient être adaptées aux systèmes dans lesquels une décision prise par une autorité publique ne pouvait pas être rapportée par cette autorité mais seulement par un juge. Des indications supplémentaires pourraient être fournies à l'intention de l'instance administrative de recours en ce qui concerne les réparations appropriées, y compris l'incidence de toute réparation sur la procédure de passation considérée et la concurrence future, l'intégrité réelle ou supposée de cette procédure et les coûts qui pourraient en résulter pour toutes les parties, ainsi que pour encourager d'une manière générale une approche aussi prudente que possible (étant donné que l'ampleur totale de ces coûts peut ne pas être évidente).

57. On a fait observer que l'annulation pourrait viser la décision de l'entité adjudicatrice de choisir le vainqueur ou le marché s'il était exécuté, et que les lois des différents États pourraient restreindre la capacité de l'instance administrative d'annuler un marché. On a aussi noté que cette annulation pourrait donner lieu à des demandes de réparation (alors qu'en vertu de l'article 12, l'entité adjudicatrice n'encourrait aucune responsabilité). On laisserait le soin à l'État adoptant de régler la question du montant des réparations qu'une instance administrative de recours

pourrait accorder ainsi que la question des dépens. On a souligné que l'objectif des dispositions était d'offrir une compensation suffisante pour encourager les participants au processus de passation. En outre, même lorsque le droit administratif d'un État adoptant permettait d'adjudger des dépens, le Guide devrait inciter à la prudence afin d'éviter de décourager la participation tant aux procédures de recours qu'aux procédures de passation en général, en particulier de la part des petites et moyennes entreprises. On a également fait observer que la question des droits éventuels à acquitter pour pouvoir présenter une réclamation devrait être traitée de la même façon.

58. Notant que l'une des raisons pour lesquelles les fournisseurs non retenus pourraient être condamnés aux dépens serait de décourager les réclamations infondées, il a été convenu de présenter dans le Guide divers mécanismes permettant d'atteindre cet objectif.

6. Certaines règles applicables aux procédures de recours (article 55)

59. Il a été noté que ces règles seraient modifiées afin d'être alignées sur les articles 53 et 54 révisés. On a également indiqué au Groupe de travail que l'AMP contenait certaines règles procédurales analogues à celles énoncées à l'article 55 de la Loi type. Il a été convenu que ces règles devraient être reprises dans la Loi type et dans le Guide l'accompagnant dans un souci de cohérence et afin que ces textes conservent toute leur pertinence pour l'ensemble des États adoptants, en particulier les pays en transition ou les pays en développement susceptibles de devenir parties à l'AMP. En particulier, les dispositions de l'article 18-6 de l'AMP, qui énonçait les garanties d'une procédure régulière (telles que la nécessité de présenter le procès-verbal de la procédure de passation à l'organe de recours administratif) devraient être incorporées à l'article 55 de la Loi type.

60. Il a en outre été proposé que l'entité adjudicatrice soit tenue de présenter le procès-verbal de la procédure de passation de marché à l'organe chargé des recours et que l'article 55 énonce cette obligation.

7. Suspension de la procédure de passation du marché (article 56)

61. Les périodes de suspension prévues à l'article 56, à savoir entre 7 et 30 jours, ont été examinées au regard des délais normalement impartis pour traiter une réclamation, qui pouvaient atteindre 90 ou 100 jours dans certains systèmes. Il a été rappelé à ce propos que le paragraphe 4 de l'article 56 autorisait l'entité adjudicatrice à ne pas appliquer la suspension pour des considérations urgentes d'intérêt général. On a également fait observer que la période de suspension de 7 jours ne serait pas toujours prorogée à 30 jours, durée totale autorisée pour l'examen de la réclamation, peut-être pour des raisons politiques.

62. Le Groupe de travail a examiné les coûts et avantages de la suspension, y compris les effets perturbateurs et les retards qu'une interruption de la passation des marchés pourrait entraîner, la question de savoir si la suspension serait effective lorsqu'une entité adjudicatrice pouvait simplement attendre l'expiration de la période de suspension puis conclure le marché (même si la réclamation était toujours en cours d'examen), la nécessité de protéger les droits des fournisseurs ou entrepreneurs pendant la période de recours, et le coût éventuel d'une solution autre

que la suspension, qui consisterait à annuler un marché par la suite ou à mettre fin à la passation (ce qui entraînerait l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation).

63. On s'est interrogé sur la portée d'une suspension présumée ou automatique dans le cadre de l'article 56-1.

64. Il a été convenu que la période de suspension devrait être alignée sur le délai imparti à l'organe de recours pour rendre sa décision.

65. Une réclamation ne pouvant être présentée à l'entité adjudicatrice sur le fondement de l'article 53 que jusqu'à la date de soumission des offres, une suspension, a-t-on noté, risquerait de différer cette date, mais n'entraînerait pas autrement de graves conséquences. Il a donc été convenu de laisser à l'entité adjudicatrice la liberté de déterminer la période de suspension appropriée. Il a également été convenu que l'entité adjudicatrice devrait être tenue de rendre la suspension publique ou d'informer les fournisseurs ou entrepreneurs identifiés participant à la passation de son existence et, selon le cas, de sa durée, si elle était connue, et de la reprise du processus de passation. Les entités adjudicatrices seraient en mesure de déterminer le mode le plus efficace de notification ou de publication en fonction de la passation concernée. De plus, étant donné qu'une réclamation concernerait les actes de l'entité adjudicatrice, il a été convenu que l'article 53 ne devrait pas autoriser cette dernière à mettre fin à la passation.

66. Il a été noté que les conséquences d'une suspension découlant de l'article 54 pourraient être plus graves que celles résultant de l'article 53. Il faudrait donc à la fois régler et traiter une telle suspension avec prudence. L'organe de recours indépendant devrait opérer en deux étapes, dont la première consisterait à évaluer si la réclamation était infondée, examiner s'il était nécessaire de protéger les droits du fournisseur pendant la procédure de recours et déterminer si des considérations urgentes d'intérêt général exigeaient que la procédure de passation se poursuive sans suspension. (La seconde étape consisterait à examiner le recours lui-même.) Il a été convenu qu'une suspension prenant effet à l'issue de la première étape devrait être appliquée et rendue publique dans les plus brefs délais.

67. On a fait observer que l'expérience dans un État mettait en évidence l'intérêt d'une suspension automatique, qui pouvait être écartée par l'entité adjudicatrice dans des cas dûment justifiés. Ce système, a-t-on dit, avait pour avantage de libérer l'entité adjudicatrice de l'obligation d'évaluer le bien-fondé d'une suspension. À cela, on a répondu que cette approche n'avait pas été retenue dans l'actuelle Loi type, qui prévoyait une suspension présumée (article 56-1) et une suspension automatique (article 56-2).

68. À l'issue du débat, il a été convenu de ne pas modifier la Loi type, de sorte qu'il y aurait suspension sauf lorsque des considérations urgentes d'intérêt général exigeaient la poursuite de la passation, ou sauf lorsque la réclamation était infondée, et à condition que les règles procédurales énoncées au paragraphe 1, concernant les informations devant être communiquées par le fournisseur, soient respectées. Ainsi, l'organe de recours administratif n'aurait aucun pouvoir discrétionnaire de refuser d'appliquer la suspension. Le Guide, a-t-on fait remarquer, devrait insister sur le fait que la réclamation serait considérée comme présentée en temps voulu si elle l'était dans le délai fixé à l'article 54, mais qu'elle devrait être formée le plus rapidement possible pour limiter au minimum toute perturbation potentielle du processus de passation.

69. Le Groupe de travail a examiné la période maximale de suspension en cas de recours devant un organe administratif indépendant. D'un côté, on a estimé que cette période pourrait être souple et être déterminée en fonction du temps nécessaire pour examiner la réclamation conformément à l'article 54-4. Ce pourrait être par exemple la "durée appropriée" telle que déterminée par l'entité adjudicatrice. À l'appui de cette proposition, on a fait valoir que la durée appropriée pourrait varier d'un cas à l'autre et devrait être laissée à l'appréciation de l'organe de recours, sans que le texte n'établisse de minimum ou de maximum explicite. En réponse, il a été déclaré que l'organe de recours devrait être tenu d'examiner la réclamation rapidement, de sorte qu'une durée maximale devrait être fixée, la période de 30 jours actuellement prévue étant généralement satisfaisante au regard de la pratique. À l'issue du débat, il a été convenu que le texte fixerait une durée maximale de 30 jours, laquelle pourrait être prorogée si les circonstances de l'espèce l'exigeaient.

70. Le Guide, est-on également convenu, devrait fournir suffisamment de détails pour aider les États adoptants à appliquer ces dispositions.

71. En ce qui concerne le paragraphe 2, qui visait le cas où le marché était entré en vigueur, il a été convenu que l'adoption d'un délai d'attente suite à l'affaire Alcatel rendait inutile la période de suspension de sept jours prévue dans ce paragraphe, si bien qu'elle serait supprimée.

72. Il a été noté que le délai d'attente précité serait contre-productif dans la situation envisagée au paragraphe 4 et qu'il serait nécessaire d'apporter les modifications appropriées à l'article 36 ainsi qu'aux dispositions relatives au recours.

73. Compte tenu des modifications ci-dessus à l'article 56, il a été proposé que ce dernier soit entièrement supprimé et que ses dispositions soient insérées aux articles 53 et 54, modifiés en fonction de la nature du recours envisagé dans chaque cas.

8. Autres questions relatives au chapitre VI

74. Le Groupe de travail a rappelé qu'il était convenu d'appliquer le droit d'appel (qui s'ajoutait au droit de recours) exigé par la Convention des Nations Unies contre la corruption. Il a donc été convenu de prévoir un droit d'appel à l'article 52 de la Loi type et de laisser à chaque États adoptant le soin de définir le mécanisme d'appel adapté à son système juridique. Étant donné les difficultés que pourrait poser l'emploi du terme "appel", il a été convenu de modifier l'article 52 pour y indiquer que la décision issue du recours initial porté devant un organe de recours indépendant conformément à l'article 54 (ou devant un organe judiciaire conformément à l'article 57 à défaut d'organe administratif dans l'État concerné) pourrait ensuite être contestée devant un second organe ou un organe supérieur. Il a été souligné également que le recours facultatif prévu à l'article 53 n'équivaldrait pas au recours initial exigé par la Convention des Nations Unies contre la corruption.

B. Projets de dispositions visant à permettre l'utilisation des accords-cadres pour la passation des marchés publics en vertu de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.62, par. 3 à 12 et A/CN.9/WG.I/WP.63, par. 3 à 35)

1. Terminologie

75. Le Groupe de travail est convenu d'employer les termes figurant au paragraphe 6 aux fins de l'examen des projets de dispositions de la Loi type et d'examiner ultérieurement la question de savoir si ces termes devaient eux-mêmes être conservés.

2. Types de procédures d'accords-cadres et conditions d'utilisation de ces procédures

Article [22 ter]. Types de procédures d'accords-cadres et conditions d'utilisation de ces procédures

76. On a fait observer que le Guide devrait encourager les entités adjudicatrices à soumettre la totalité des achats passés au titre d'un accord-cadre à des procédures de contrôle et de surveillance.

3. Procédures d'utilisation des accords-cadres

Article [51 octies]. Engagement d'une procédure d'accord-cadre

77. Il a été convenu d'actualiser le renvoi au projet d'article 22 *ter*.

Article [51 novies]. Informations à fournir lorsque la participation à une procédure d'accord-cadre est sollicitée pour la première fois

78. La notion d'"accords-cadres multiples" a été examinée à propos de l'alinéa f) de l'article 51 *novies*. On a fait observer que cette expression ne serait pas utilisée pour signaler l'existence de dispositions contractuelles différentes entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs parties à l'accord-cadre, mais que les accords conclus avec différents fournisseurs pouvaient comporter des différences non essentielles destinées, par exemple, à protéger les secrets commerciaux et d'autres informations commerciales sensibles. Il a été convenu de réviser le texte actuel afin de préciser que seules des différences non essentielles touchant la forme ou les conditions étaient autorisées. Il a également été convenu que des indications appropriées visant à limiter ces différences seraient fournies dans le Guide.

79. Le Groupe de travail est convenu d'ajouter dans l'alinéa h) qu'une entité adjudicatrice devrait indiquer dans le dossier de sollicitation la fréquence avec laquelle elle envisage de recourir à la concurrence lors de la deuxième étape.

80. On a demandé si l'obligation prévue à l'alinéa i) de l'article 51 *novies* d'indiquer les quantités ou de donner des estimations des achats envisagés au titre de l'accord-cadre permettrait aux entités adjudicatrices de conclure des accords-cadres tels que ceux visés à l'article 22 *ter*-4 b). Dans le cas d'achats futurs destinés à répondre à des besoins urgents, il était impossible de donner des estimations ou des quantités réalistes. Il a donc été convenu de placer le membre de

phrase “pour autant qu’elle soit connue à cette étape de la passation” à la fin du paragraphe.

81. La souplesse dont l’entité adjudicatrice bénéficierait pour les achats effectifs au titre de l’accord-cadre (qui, a-t-on fait observer, pouvaient être différents de la quantité estimée) serait expliquée dans le Guide. On a également estimé que l’on obtiendrait des résultats optimaux d’un point de vue commercial si les fournisseurs connaissaient le volume probable des commandes qui pourraient être passées au titre de l’accord-cadre et que le Guide devrait donc souligner l’importance de fournir des informations complètes dès ce stade chaque fois que cela était possible.

82. Le Groupe de travail est également convenu de modifier le texte afin que la mise en concurrence lors de la deuxième étape puisse se faire sur la base de l’offre la plus basse (et pas seulement sur la base de l’offre la plus basse selon l’évaluation), et d’examiner la terminologie utilisée à une date ultérieure.

Article [51 decies]. Première étape d’une passation de marché reposant sur des accords-cadres

83. Le Groupe de travail est convenu que la première étape de toute procédure de passation reposant sur des accords-cadres se déroulerait conformément aux dispositions du projet d’article 51 *octies* et il a décidé, sous réserve des modifications éventuelles qu’il pourrait proposer d’apporter aux procédures reposant sur des accords-cadres ouverts, de supprimer les mots “reposant sur des accords-cadres fermés” au paragraphe 1 et de supprimer le paragraphe 2 en totalité.

84. En ce qui concerne le paragraphe 3, il a été convenu que les parties à l’accord-cadre devraient être avisées uniquement de leur sélection et qu’il faudrait par conséquent supprimer les mots “et, le cas échéant, de leur classement”. On a ajouté que le Guide indiquerait comment se déroulerait dans la pratique une évaluation avec classement au cours de la première étape (dans le cas des accords-cadres pour lesquels une telle étape était nécessaire). Le Groupe de travail est convenu d’examiner, à propos du projet d’article 51 *undecies*, la question de savoir si une telle étape serait nécessaire ou tout au moins utile dans le cas des accords-cadres ouverts.

85. En ce qui concerne le paragraphe 4, le Groupe de travail est convenu que le texte actuel s’appliquerait aux accords-cadres fermés et qu’un texte approprié pour les accords-cadres ouverts serait examiné au titre du projet d’article 51 *undecies*.

86. Il a été confirmé que, pour la première étape de la procédure dans le cas des accords-cadres fermés, on aurait recours à une procédure d’appel d’offres normale (ou à une autre méthode de passation appropriée) comprenant une évaluation concurrentielle des offres des fournisseurs. On a rappelé à cet égard que des méthodes de passation ouvertes seraient appropriées pour cette première étape, sauf si les conditions justifiant le recours à une autre méthode de passation étaient réunies. Il a été également convenu que le recours à des procédures négociées serait inopportun.

87. Il a été convenu en outre que l’article 51 *decies* qui en résulterait s’appliquerait désormais à la première étape d’une procédure de passation reposant sur des accords-cadres fermés et que, par conséquent, le paragraphe 2 du projet de texte serait supprimé. On a ajouté que, dans le paragraphe 3 de l’article 51 *decies*, la

notion d'évaluation concurrentielle des offres remplacerait la notion de "classement" qui avait été supprimée, et que le Guide expliquerait comment cette évaluation concurrentielle fonctionnerait dans la pratique.

88. En ce qui concerne les obligations de publication énoncées au paragraphe 4, il a été convenu de conserver le texte actuel pour les accords-cadres fermés. On a demandé si l'obligation de donner le nom du ou des fournisseurs ou entrepreneurs sélectionnés pour être parties à l'accord-cadre devait également être mentionnée à l'article 14 de la Loi type. Le Groupe de travail est convenu de reporter l'examen de cette question à une session ultérieure.

Article [51 undecies]. Dispositions supplémentaires concernant la première étape d'une passation reposant sur des accords-cadres ouverts

89. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si une évaluation avec classement serait nécessaire ou opportune dans le cas d'un accord-cadre ouvert. Il a été dit qu'on obtiendrait peut-être un meilleur résultat en déterminant si les offres des fournisseurs étaient conformes aux conditions minimales (y compris aux spécifications) du marché. Les fournisseurs qualifiés dont les offres étaient conformes pourraient alors devenir parties à l'accord-cadre (sous réserve des limites de capacité, voir par. 103 ci-dessous). Ces fournisseurs seraient alors mis en concurrence au cours de la deuxième étape. On a dit qu'une telle formule permettrait d'éviter les difficultés pratiques que soulèverait l'utilisation d'accords-cadres ouverts comportant une évaluation continue avec classement au cours de la première étape. À l'issue d'un débat, il a été convenu de ne pas prévoir d'évaluation avec classement au cours de la première étape et de modifier les dispositions en conséquence.

90. Il a également été convenu de séparer les dispositions de la Loi type relatives aux accords-cadres ouverts de celles concernant les accords-cadres fermés.

91. Il a également été convenu que les dispositions de la Loi type régissant les procédures relatives aux accords-cadres ouverts partiraient du principe que ces procédures seraient conduites électroniquement. Cependant, il serait indiqué dans le Guide que les États adoptants pourraient s'ils le souhaitent les conduire sur la base de documents papier (ou recourir à une combinaison de procédures électroniques et de procédures fondées sur des documents papier). Le Guide indiquerait également quelles dispositions devraient être modifiées pour permettre l'utilisation de documents papier ou de systèmes mixtes, et proposerait des libellés appropriés.

92. On a fait observer que, s'agissant des accords-cadres ouverts, la première étape consisterait à utiliser une méthode de passation ouverte, à évaluer les qualifications des fournisseurs et à examiner leurs offres par rapport aux conditions du marché, y compris ses spécifications. Les fournisseurs dont les offres seraient conformes à ces conditions deviendraient parties à l'accord-cadre.

93. On a demandé si une durée légale maximale devait être fixée pour les accords-cadres ouverts, comme l'exigeaient les directives de l'Union européenne dans le cas des systèmes d'acquisition dynamiques. On a souligné les avantages d'une certaine souplesse quant à la durée des accords-cadres ouverts de vaste portée et les coûts qu'entraînerait l'engagement de nouvelles procédures.

94. Après avoir examiné l'opportunité de permettre qu'une concurrence pleine et ouverte s'exerce périodiquement, la nécessité de réévaluer périodiquement les qualifications des fournisseurs et la conformité de leurs offres, et de déterminer si les accords-cadres correspondaient toujours aux conditions actuelles du marché, il a été convenu que les accords-cadres ouverts seraient conclus pour une période définie. En outre, on a dit que les fournisseurs hésiteraient peut-être à devenir parties à un accord non limité dans le temps.

95. On a fait observer toutefois qu'en raison de la nature ouverte de ces accords, la nécessité d'en limiter la durée ne se faisait pas autant sentir que pour les accords-cadres fermés. Le pendant de l'article 22 *ter-3* pour les accords-cadres ouverts disposerait donc qu'"un accord-cadre ouvert est conclu pour une période déterminée", sans autre précision. On a ajouté que le Guide devrait traiter des facteurs qui déterminent la durée appropriée d'un accord-cadre, à savoir le risque que les commandes soient trop importantes, le risque accru que les marchés soient, de façon abusive, passés systématiquement avec les mêmes fournisseurs et le manque de transparence dans le cas des accords à long terme. Le Guide traiterait également de la possibilité qu'aurait l'entité adjudicatrice de résilier l'accord conformément aux dispositions de celui-ci (par exemple, en cas de changement important des conditions du marché).

96. Le Groupe de travail a examiné le degré de souplesse approprié qu'il faudrait prévoir en ce qui concerne les spécifications du marché pour les accords-cadres ouverts. Il a été noté que, dans leur rédaction actuelle, les dispositions n'autorisaient pas la modification des conditions de l'accord-cadre, mais que l'article 22 *ter-2 a)* et d) admettait, pour les marchés attribués au titre de l'accord-cadre, des changements limités à condition qu'ils n'entraînent pas de modifications essentielles.

97. On a fait observer que le degré de souplesse nécessaire serait d'autant plus grand que la durée de l'accord-cadre serait longue, en particulier si la réglementation applicable à des questions telles que le développement écologique ou durable venait à être modifiée pendant la durée de cet accord. Il a en outre été souligné qu'une certaine souplesse serait nécessaire pour assurer le bon fonctionnement des accords ouverts, en particulier par rapport à un régime plus strict qui conviendrait aux accords-cadres fermés.

98. Il a été noté en réponse que la souplesse, et la marge d'appréciation qui en résulterait pour modifier les spécifications à l'une ou l'autre étape de la procédure, risquaient d'accroître le risque d'abus et que des limites seraient nécessaires pour atténuer ce risque. Certains États adoptants plus exposés à la corruption, a-t-on indiqué, comptaient adopter la Loi type, dont les règles de transparence participaient de la lutte contre ce phénomène. La prudence a donc été préconisée.

99. Selon l'avis qui l'a emporté, le texte proposé pour la Loi type ne serait pas modifié, mais les avantages et les risques d'une telle souplesse pourraient être étudiés en détail dans le Guide (en référence à l'article 22-2 *ter a)* et d).

100. Il a été rappelé que le Groupe de travail était précédemment convenu de ne prévoir dans la Loi type aucune disposition sur les listes de fournisseurs en raison des abus constatés lors de leur utilisation. Il a été noté que l'une des principales différences entre les accords-cadres et les listes de fournisseurs tenait au fait que les premiers énonçaient des spécifications suffisamment détaillées de sorte qu'elles

n'avaient pas à être complétées pour effectuer une passation. À titre de comparaison, les listes de fournisseurs ne contenaient pas de spécifications à ce niveau. Il fallait donc veiller à ce que les dispositions relatives aux spécifications dans les accords-cadres ouverts soient suffisamment précises pour qu'on aboutisse bien à un accord-cadre et non à une liste de fournisseurs. Il a été convenu d'examiner dans le Guide les différences entre les deux mécanismes et leurs conséquences.

101. Le Guide, est-on convenu, examinerait aussi les limites aux modifications pouvant être apportées aux spécifications des marchés attribués au titre d'accords-cadres. Par exemple:

a) Toute modification des spécifications, qui aux termes de l'article 22-2 *ter* a) et d) devait se limiter à des éléments mineurs et non essentiels, devrait être annoncée à l'avance, de préférence dans le dossier de sollicitation, avec indication d'une fourchette éventuelle;

b) Les motifs de la modification devraient être consignés;

c) Le sens de l'adjectif "essentiel" devrait être examiné. Toute modification rendant non conformes les offres des fournisseurs qui étaient parties à l'accord-cadre, ou toute modification qui rendrait conformes des offres précédemment non conformes, serait considérée comme une modification essentielle, de même que toute modification entraînant un changement de situation des fournisseurs en ce qui concerne leur qualification;

d) Toute modification qui entraînerait des problèmes de concurrence, de transparence ou d'intégrité serait également considérée comme essentielle.

102. En ce qui concerne le paragraphe 2 a), il a été convenu que l'entité adjudicatrice devrait procéder à la republication aussi souvent que possible, compte tenu des circonstances du marché concerné, mais au moins une fois par an, et que la réglementation des marchés devrait indiquer ce minimum. Il a également été convenu que la republication devrait se faire au lieu où la sollicitation avait été initialement publiée conformément à l'article 51 *novies*. De plus, étant donné que les dispositions traitaient des procédures électroniques, la republication devrait indiquer l'adresse du site Web où figuraient les éléments d'information mentionnés à l'article 51 *novies* g). Tout nouveau participant à l'accord ferait l'objet d'une publicité sur le site Web. Le Guide examinerait les questions exposées dans la note de bas de page 29 du document A/CN.9/WG.I/WP.62. Il a été souligné que l'entité adjudicatrice était responsable d'une telle publication.

103. Pour ce qui est du paragraphe 5, il a été convenu de supprimer le texte entre crochets. Le Guide expliquerait que seules des contraintes techniques ou des contraintes de capacité pourraient limiter le nombre de parties à l'accord-cadre et que ces contraintes devraient être justifiées dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché (en revanche, l'étendue de ces contraintes n'aurait pas à être déterminée à l'avance).

104. Il a été convenu que le paragraphe 7 serait supprimé car il n'était plus nécessaire suite aux décisions du Groupe de travail concernant l'étendue de la mise en concurrence lors de la première étape des accords-cadres ouverts.

Article [51 duodecies]. Deuxième étape d'une passation reposant sur des accords-cadres fermés sans mise en concurrence au cours de cette étape

105. Il a été décidé de supprimer le paragraphe 4 et la première phrase du paragraphe 5 de l'article 51 *duodecies*, qui étaient inutilement détaillés, et de supprimer également le mot "autres" dans la deuxième phrase du paragraphe 5.

Article [51 terdecies]. Deuxième étape d'une passation reposant sur des accords-cadres fermés avec mise en concurrence au cours de cette étape

106. Compte tenu des suppressions décidées ci-dessus, on est convenu que les articles 51 *duodecies* et 51 *terdecies* devraient être fusionnés. On est également convenu de supprimer les crochets dans le paragraphe 4 de l'article 51 *terdecies*; d'insérer l'article "the" avant "suppliers or contractors" dans la version anglaise du paragraphe 5; de supprimer le texte entre crochets dans les alinéas b) et c) du paragraphe 6 et de fusionner les alinéas; d'inclure une référence au coefficient de pondération des critères de sélection à l'alinéa d) du paragraphe 6; et de supprimer le paragraphe 8.

107. On est aussi convenu de revoir le paragraphe 9 pour veiller à ce qu'il permette l'utilisation des enchères électroniques inversées dans les procédures d'accords-cadres.

Article [51 quaterdecies]. Deuxième étape d'une passation reposant sur des accords-cadres ouverts

108. On est convenu que le texte devrait être aligné sur l'article 51 *terdecies* s'agissant de la mise en concurrence au cours de la deuxième étape, de sorte que les articles seraient identiques, la seule différence étant l'insertion du paragraphe 2 à l'article 51 *terdecies*. On a noté qu'il était nécessaire d'assurer la cohérence des termes utilisés dans les différentes versions linguistiques.

Article [51 quindecies]. Attribution du marché au titre d'un accord-cadre

109. On a noté qu'il pourrait être nécessaire, le moment venu, de réviser cet article pour tenir compte de l'examen par le Groupe de travail des dispositions régissant l'entrée en vigueur du marché dans les articles 13 et 36.

4. Autres questions posées par l'utilisation des procédures d'accords-cadres

110. On est convenu que le terme "offres soumises à la deuxième étape" serait utilisé pour désigner les offres faites lors de la deuxième étape des procédures d'accords-cadres.

C. Projets de dispositions pour le texte du Guide sur les dispositions régissant les accords-cadres dans les passations de marchés publics en vertu de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.63)

111. Rappelant sa décision précédente selon laquelle le Guide devrait être adressé aux législateurs et aux autorités de réglementation sous la forme d'un seul et même document composite, le Groupe de travail s'est demandé s'il convenait de donner

également des orientations aux agents (puisqu'il s'agirait de conseils pratiques et non de principes directeurs).

112. Le Groupe de travail a approuvé la portée et le degré général de détail du projet de texte destiné au Guide et a fait les propositions suivantes:

- a) Dans le paragraphe 5, se référer à des termes autres que “accords-cadres” pour décrire des procédures analogues;
- b) Dans le paragraphe 7, parler de “coût administratif moindre” plutôt que de “plus faible coût”, et noter qu’une mise en concurrence lors de la deuxième étape permettrait de réduire davantage les coûts;
- c) Dans la deuxième phrase du paragraphe 9, remplacer le mot “car” par “lorsque”;
- d) Commencer le paragraphe 10 par une mise en garde, à savoir que, si les précautions nécessaires pour garantir la concurrence et la transparence n’étaient pas prises, les conséquences décrites dans ce paragraphe risquaient de se produire;
- e) Dans le paragraphe 20, ajouter une référence aux avantages commerciaux des accords-cadres qui lient les deux parties;
- f) Ajouter, comme raison supplémentaire de limiter la durée des accords-cadres ouverts, le fait que la situation des fournisseurs concernant leur qualification puisse changer pendant la durée de l’accord;
- g) Dans le paragraphe 23, séparer les descriptions concernant la mesure dans laquelle les conditions d’un marché seraient fixées lors de la première étape de la procédure d’accord-cadre;
- h) Dans le paragraphe 29, veiller à ce que la référence à l’indication du choix d’une procédure d’accord-cadre dans le procès-verbal de la procédure de passation ne prévoient pas que l’entité adjudicatrice doit justifier son choix, et s’assurer que la même considération prévaut pour le projet d’article 51 *octies*, paragraphe 2, dans le texte de la Loi type;
- i) Dans le paragraphe 30, remplacer l’expression “articles bon marché” par “articles standardisés et régulièrement utilisés”, et donner des exemples qui portent sur des biens plutôt que sur des services.

D. Discussion relative à la finalisation et à l’adoption de la Loi type révisée et du Guide

113. Rappelant qu’à sa quarante et unième session la Commission l’avait invité à terminer le plus vite possible son projet de réforme pour permettre la finalisation et l’adoption de la Loi type révisée et du Guide dans un délai raisonnable (A/63/17, par. 307), le Groupe de travail est convenu que sa première priorité serait d’achever ses travaux sur le texte de la Loi type. Il a donc décidé qu’une version complète du texte révisé de la Loi type lui serait présenté pour qu’il l’examine à sa quinzième session, qui se tiendra du 9 au 13 février 2009 à New York. Il est aussi convenu que son objectif était de soumettre ce texte, avec les modifications qui lui auront été apportées pour tenir compte de ses délibérations à sa quinzième session, à la Commission pour examen à sa quarante-deuxième session.

114. Afin qu'à sa quinzième session il puisse examiner le plus efficacement et le plus rapidement possible les modifications proposées, le Groupe de travail est également convenu qu'une version informelle du texte dans sa langue originale serait publiée sur le site Web de la CNUDCI dès qu'elle serait disponible afin que les délégués et les observateurs puissent s'en servir pour mener leurs consultations avant la quinzième session. Enfin, et compte tenu du fait que les modifications traiteraient de questions que le Groupe de travail avait examinées lors de ses débats de fond jusqu'à ce jour et d'autres questions qui lui restaient à examiner en détail, le Secrétariat a été prié de mettre en évidence ces dernières modifications pour faciliter les consultations.

115. Le Groupe de travail a entendu une explication sur le processus de révision et de consultation précédant la soumission du texte révisé définitif de la Loi type à la Commission. Il a été noté, à cet égard, que les modifications apportées au Guide à l'intention des législateurs seraient rédigées dans un deuxième temps, et que le Secrétariat fournirait, dans toute la mesure du possible, un avant-projet de ces modifications afin de faciliter l'examen du texte révisé de la Loi type lors de la session de la Commission. La Commission pourrait aussi, si elle en a le temps, examiner cet avant-projet.

E. Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – Conflits d'intérêts (A/CN.9/WG.I/WP.64, par. 10 à 33)

116. S'agissant des conflits d'intérêts, le Groupe de travail a examiné les informations fournies à la section III du document A/CN.9/WG.I/WP.64 sur la manière dont ce sujet était traité dans différents systèmes. Les différents pays ont partagé leurs données d'expériences. Étant donné que la Convention des Nations Unies contre la corruption exige que les systèmes de passation de marchés traitent de cette question, et que les États possèdent des normes et des traditions juridiques différentes, le Groupe de travail est convenu que la Loi type elle-même devrait contenir des dispositions exposant les principes pertinents. Il a aussi été convenu que le Guide expliquerait les considérations de principe en question en se fondant sur les expériences et les exemples examinés à cette session. Les principes seraient inclus dans trois sections de la Loi type: premièrement, en s'inspirant des dispositions de la Convention contre la corruption, en prévoyant à l'article 4 que le texte des règlements en matière de passation des marchés doit traiter des conflits d'intérêts, deuxièmement, en prévoyant à l'article 15 les conséquences d'un conflit d'intérêts sur le déroulement d'une passation ou l'attribution d'un marché, et troisièmement, pour traiter de la question du recours au titre de l'article 54. Il a été convenu que ces propositions seront examinées pendant la quinzième session du Groupe de travail.